Communicação de Acquestos

ABNER C. L. DE VASCONCELLOS

O Codigo Civil nos artigos 226 e 258 § unico, n.º I, estabelece o regimen de separação de bens no casamento quando algum dos nubentes, sendo viuvo, não tiver feito inventario e dado partilha aos herdeiros do conjuge fallecido.

Parecerá, á primeira vista, que a lei desse modo estabeleceu uma rigida formula de separação. Entretanto, como dizia Domat, é absolutamennte necessario interpretar a lei ainda quando o sentido seja claro nos termos, porém que conduziria a consequencias falsas e decisões injustas si indistinctamente fosse applicada a tudo o que parece estar comprehendido nas suas palavras. A evidencia da injustiça, que desse sentido resultaria, obriga então a que se descubra pela interpretação, não o que a Lei diz, mas o que a Lei quer; obriga tambem, a que se julgue pela sua intenção, qual seja a extensão e limites que o seu sentido deve ter. (1)

De facto, essa é igualmente a hermeneutica moderna, dentro da qual o interprete deve desdobrar toda a força do seu raciocinio e lançar mão dos mais variados e importantes recursos technicos a seu alcance, afim de dar á lei todo o poder de adaptação ás occorrencias da vida juridica, para que as soluções correspondam ás necessidades objectivas do direito. E' que no campo legislativo, como se expressa Carlos Maximiliano, embora perfeita a forma, cumpre descer ao fundo, á idéa (2). Teve, pois, toda razão Ulpiano quando affirmou que a clareza do texto não dispensa a interpretação. (3)

---

(1) Domat—*Tr. da Interp. das Leis* nº. 2, no *Auxiliar Juridico* de Candido de Almeida pag. 425.

(2) *Herm.* e *Appl. do Direito* nº. 38.

(3) Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus. Digesto, liv. 25, tit. 4, frag. 1, § 11.

A respeito dos regimens matrimoniaes, o Cod. Civil prescreve: a communhão universal, a communhão parcial, a separação e o dotal. No nosso direito, por força da tradição legislativa, o primeiro desses regimens constitue a regra commum. E' que não se pode contestar, segundo Clovis Bevilaqua, que elle é o que melhor corresponde á natureza do casamento, como fundamento da mais estreita união de vista e de interesse entre o homem e a mulher. Ou, como accrescenta Endemann, é a expressão mais perfeita da communhão de vida estabelecida pelo matrimonio sobre as bases da confiança plena. E aquelle a quem a mulher confia o seu corpo, confia tambem a sua fortuna (4). Embora acto de vontade dos conjuges, a lei impõe o regimen da communhão universal na ausencia de manifestação expressa dos interessados. Mas, aos que infringirem determinadas disposições, o legislador decretou um regimen de separação. Em alguns casos é uma pena, noutros o resguardo de interesses que sem isso ficariam prejudicados. O do art. 226 citado está nestas condições. O viuvo que tem filhos e haveres, tem a obrigação de transmittir á sua prole a herança deixada pelo conjuge fallecido. Casando-se novamente sem o preenchimento dessa exigencia legal, iriam os bens dos filhos do primeiro leito incorporar-se á communhão do segundo. Diante desse inconveniente, a lei impoz o regimen da separação. Até onde vae, porém, esse regimen, não ha perfeita harmonia de vista entre os nossos juristas e tribunaes. Entretanto cumpre, a bem dos interesses da familia, que tão importante assumpto fique juridicamente esclarecido.

Em recente julgamento proferido pelo Tribunal de Appellação do Ceará (5), decidiu-se que, na refe-

(4) Clovis—*Cod. Civ. Comm.* vol. 2o. pag. 199.

(5) Acc. 229 de maio do corrente anno, no aggravo de petição de Fortaleza no. 1328, do qual foi relator o Des. Leite de Albuquerque.

Em sentido contrario ha o accordão de 30 de junho de 1925, da Quinta Camara da Côrte de Appellação do Districto Federal, bem como o parecer do Curador Saboya de Medeiros. O Des. Carvalho e Mello, em voto vencido, defendeu a doutrina da communicação dos adquiridos.—Vide Ferreira Coêlho—*Cod. Civil* vol. XV pags. 408-12. Commentando esse mesmo accordão no vol. II pags. 520—3 da *Rev. de Crit. Judiciaria,* o Dr. José

rida hypothese, o regimen de bens do segundo casamento é o da separação parcial. Esse julgado elucidou devidamente o caso: Não obstante a obrigatoriedade do regimen de separação de bens entre os conjuges, por ter sido o casamento celebrado com infracção do estatuido no art. 183 nº. XIII do Cod. Civil, é de applicar-se na especie o disposto no art. 259 do mesmo Codigo, que manda prevalecerem os principios da communhão, quanto aos bens adquiridos na constancia do casamento.

Emprestei a essa decisão o meu completo apoio. O estudo desse caso concreto deu origem a estas ligeiras observações. Impõe-se a respeito uma apreciação retrospectiva. O Proj. Clovis, que reconheceu os tres regimens matrimoniaes, da communhão universal, da separação e o dotal, incluiu no segundo, art. 302 no. I, o caso do viuvo casar sem ter feito inventario, por constituir o impedimento do art. 218 n.º 12. O Cons. Barradas, na Commissão Revisôra, sentindo falhas nos arts. 324-5 do Projecto, propoz que, não havendo clausula antenupcial expressa, a respeito da incommunicabilidade completa dos bens, esta não se estendesse aos fructos e rendimentos destes, nem aos adquiridos na constancia do matrimonio (6). O Projecto revisto, criando um capitulo especial sobre o *Regimen da Communhão parcial*, no art. 341 prescreveu entrarem para a communhão os bens adquiridos pelos conjuges na constancia do casamento, por titulo oneroso, facto eventual, doação, herança ou legado, bemfeitorias, fructos dos bens communs ou proprios de cada conjuge, fructos do trabalho ou industria de ambos. Na parte relativa ao regimen da separação, o Projecto Revisto incluiu, art. 348, obrigatoriamente, o caso do viuvo ou viuva que se casar sem ter dado bens a inventario.

Na Camara foi approvada a emenda de Anizio de Abreu com a redacção simplificada pela revisão philologica do Prof. Carneiro Ribeiro, constituindo o art. 271.

Lyra oppoz á respectiva doutrina os seus mais judiciosos argumentos, tendentes a demonstrar a verdadeira situação dos acquestos na esphera do nosso direito civil.

(6) Trab. Legisl. relat. ao Cod. Civil, dirigidos por Prudente de Moraes Fº., vol. 3º. pag. 395.

No Senado, Ruy Barbosa propoz o substitutivo com a formula actual do art. 259.

Convem salientar que o regimen da separação ou communhão parcial foi vivamente combatido por Clovis Bevilaqua, que até na redacção final do projecto, na Camara, oppoz argumentos contrarios áquella orientação, por entender ficar desfigurado o regimen de bens no casamento. Entretanto, em que pese ás fulgurações do genio do grande jurisconsulto e á autoridade da sua palavra sem par, existe uma valiosa tradição doutrinaria e legislativa no sentido de limitar o regimen de separação, quando imposto pela lei ou pela propria vontade das partes, quando não fôr expressamente declarada a extensão total da incommunicabilidade.

O direito antigo não conhecia o regimen da communhão no casamento. A sua origem é toda germanica, e cuja influencia se infiltrou nos demais povos, inclusive Portugal, onde as Ord. Affonsinas estabeleceram a communhão universal e as Manuelinas determinaram que a communhão fosse o regimen legal sempre que as partes não estipulassem o contrario. (7)

E' preciso notar que, pelos antigos costumes do direito lusitano, já se estabelecia a presumpção de que, qualquer que fosse o regimen dos bens, communicavam-se os adquiridos na vigencia do casamento. (8)

Posteriormente, o Cod. Civ. Portuguez, art. 1.098, prescreveu: «Si o casamento fôr contrahido com quebra das disposições dos arts. 1.058, nos. I e II, entender-se-á que os conjuges são casados com simples communhão dos adquiridos». Os arts. 1.063 e 1.064 dispuzeram tambem a mesma pena quanto aos n.os 2, 3 e 4 do art. 1.058. Este artigo prohibe o casamento de menores sem o consentimento de seus re-

(7) Clovis Bevilaqua—*Direito de Familia* § 36, 5ª. ed.

(8) Coelho da Rocha—*Dir. Civil* § 262; Valasco — Const. 103, n. 3; Mello Freire—L. 2 Tit., 8 § 10.

Ferreira Coêlho pondéra que o art. 259 do Cod. Civil é a cristalisação da doutrina seguida pela maioria dos juristas no direito anterior ao Cod., de que no silencio dos pactos antenupciaes a communicabilidade dos adquiridos devia prevalecer.—*Cod. Civil* vol. XIX, nº. 103, pag. 266.

presentantes, do tutor com a tutelada, do conjuge adultero com o seu co-reo, do conjuge com o cumplice no homicidio ou tentativa contra o seu consorte e do que tiver impedimento de ordem. Finalmente, o art. 1.125 do Codigo portuguez especifica textualmente que, se os esposos declararem que querem casar com separação de bens, não se haverá por excluida a communhão nos adquiridos. É que no regimen da simples separação, como diz Cunha Gonçalves, a) os bens separados são somente os que os conjuges já possuiam na data do casamento e os que na constancia deste adquiriram por titulo gratuito ou direito proprio anterior; b) estes bens, sendo determinados e certos, devem ser arrolados para serem differençados dos adquiridos por titulo oneroso na constancia do matrimonio, etc.

Desde que os bens separados estejam sufficientemente especificados por qualquer dos modos legaes, a communhão será restricta aos adquiridos a titulo oneroso na constancia do matrimonio. (9)

Aliás essa prescripção já se deduzia da Ord. L. 4 T. 44 § 2, sendo assim consolidada antigamente tanto em Portugal, como no Brasil (10). Na doutrina do nosso direito anterior á codificação civil, firmou-se identico pensamento juridico. Lafayette, com a clareza do seu estylo, escreveu: O facto de simples separação de bens traz como consequencia a incommunicabilidade de todos os que cada um dos conjuges possue ao tempo do casamento; communicam-se, porém, os fructos e rendimentos delles provenientes e os adquiridos na constancia do matrimonio, não havendo clausula expressa em contrario. E em nota accrescentou que esse é o principio dominante no nosso direito. Assim que, se não ha disposição especial acerca dos adquiridos, elles caem sob a regra geral. (11)

---

(9) Cunha Gonçalves—*Trat. de Dir. Civil* vol. VI pag. 480.

(10) Correia Telles—Digestos arts. 209-10; Borges Carneiro-*D. Civil* L. I. T. XIV § 135, nº. 5; Carlos de Carvalho — *Nova Consol.* art. 1492; Cod. Civil mexicano, art. 208.

(11) *Direito da Familia* § 68.

Dos nossos escriptores, diz Eduardo Espinola, apenas o eminente Clovis Bevilaqua repellira, no direito anterior ao Codigo, a communhão dos acquestos no regimen essencialmente

Pela legislação comparada verifica-se que, nuns paizes, a communhão dos bens adquiridos constitue o regimen legal, e em outros a communicabilidade delles é a unica excepção que a lei permitte. (12)

É que, como diz Planiol, a propria natureza da vida matrimonial, mesmo quando os esposos tenham estabelecido o regimen de separação de bens, levou-os, na formação do direito, a uma combinação diversa. E foi dessa intimidade de relações que surgiu a communhão dos acquestos. (13)

* * *

Dessa rapida analyse verifica-se que, no direito de familia das nações cultas, ainda quando o regimen de bens adoptado no casamento seja o da separação, só não haverá communicação dos adquiridos si expressamente fôr convencionado entre os conjuges, ou si a lei peremptoriamente o declarar

Adoptando a nossa lei o regimen universal, no silencio dos nubentes, entre outros casos, prescreveu a separação na hypothese do nº. XIII do art. 183 do Cod. Civil. Apreciando identico dispositivo no Dec. 181, de 1890, ponderou muito bem Ludgero Coelho dizendo que a prohibição de casar sem ter feito inventario e dado partilha aos herdeiros do primeiro leito, constitue uma causa impediente de novas nupcias e tem por fundamento juridico a defesa e protecção *jure successionis*, sendo assim uma disposição relativa a interesses de ordem privada. (14)

O Cod. Civil impondo o regimen da separação, quando violado o preceito do art. 183 nº. XIII, não lhe declarou a extensão. Si a investigação da causa determinante desse texto legal conclue pela necessidade do resguardo dos interesses successorios do primeiro leito, logico e juridico é que se limitem

---

de separação, como nos transmittira o direito romano.—*Questões Juridicas e Pareceres* pag. 217.

(12) Cod. Civil hespanhol art. 239; Cod. Civil italiano art. 1433; Planiol et Ripert—*Trat. Prat. de Dir. Civil* vol. 8 n.º 397.—Rugiero—*Inst. de Dir. Civil* vol. 2 § 54, pags. 150-1, trad. Ary dos Santos.

(13) Planiol—*Dir. Civil* vol. 3, nº. 803, 3ª. ed.

(14) *Casamento Civil Bras.* pag. 337.

os effeitos da separação á garantia desses direitos. Leval-os alem, é ferir profundamente as relações economicas criadas com o segundo casamento.

Como motivo impediente de novas nupcias, o nº. XIII do art. 183 citado encontra similar em varias legislações (15), mas, como causa instituidora obrigatoria de um excepcional regimen de bens entre os conjuges, o dispositivo é peculiar unicamente ao nosso direito. (16)

Cresce por isso mesmo de importancia a sua exegése para que, observada a sua finalidade, não fiquem sem amparo legal respeitaveis interesses ligados á continuidade da vida matrimonial.

Tratando-se da applicação de uma medida acauteladora de direitos, devem limitar-se ao que é restrictamente necessario, sem affectar a totalidade da economia do segundo leito. Aliás a incommunicabilidade dos bens que o viuvo levar para o casamento, já prejudica o outro conjuge em beneficio dos herdeiros daquelle. Attingir a separação os adquiridos na constancia das novas nupcias, não está absolutamente no espirito da lei. Dahi a necessidade de distinguirem-se as hypotheses. Si existe o principio geral de que, na ausencia de expressa estipulação, communicam-se os acquestos, e si o art. 259 assim o dispõe, tudo indica que nesse preceito se inclúe, por identidade de razão e imperativo de justiça, o caso dos arts. 226 e 258 § unico nº. I, e especialmente o caso do art. 183 nº. XIII do Cod. Civil. Em que pese á opi-

---

(15) Conf. Clovis Bevilaqua — *Cod. Civil Comm.* vol. cit pag. 16.

(16) Lembra-o, entretanto, indirectamente, o texto de direito romano segundo o qual a mulher viuva que se recasasse antes do tempo do luto, que era de dez mezes, soffria varias penas, entre as quaes a perda do que recebesse do primeiro marido, adquirir por disposição de ultima vontade ou por successão legitima alem da terça parte a herdar do segundo marido alem de um terço do seu patrimonio. Windscheid *Pandectas* —vol. 2.º, parte 2.ª § 512, nota de Fadda e Bensa.

O art. 1669 do Cod. Civil allemão estabelece a obrigatoriedade para o viuvo ou viuva, antes do segundo casamento, de dar bens a inventario perante o Tribunal de tutelas, e, caso não o faça, o art. 1670 determina que o dito Tribunal lhe retire a administração do patrimonio, garantindo assim os interesses dos herdeiros do leito anterior.

nião contraria de doutas autoridades (17), é por demais forte a corrente de juristas que circumscrevem os effeitos da separação dos bens que cada conjuge possuir por occasião do novo matrimonio. Eduardo Espinola, commentando o art. 226 do Cod. Civil, escreve textualmente: Em todos os casos de desobediencia dos impedimentos de casar puramente prohibitivos, impõe a lei o regimen da separação dos bens e não consente, sob pena de nullidade, que o conjuge infractor faça doação ao outro. Quanto ao regimen da separação prescripto pela lei, limita-se aos bens com que entre cada qual para a sociedade conjugal; os adquiridos na constancia do casamento serão communs, conforme determina o art. 259 do Cod. Civil. (18)

Candido de Oliveira por sua vez opinou que, si não ha disposição especial acerca dos adquiridos, estes caem sob a regra geral dos casamentos por carta de ametade. (19)

Vicente Ráo é expressivo a respeito, *in verbis*: O regimen de separação é legal nos casos do art. 258 § unico. Nesse, como em quaesquer outros em que a separação seja livremente estipulada, os bens adquiridos na constancia do casamento serão considerados communs na falta de estipulação expressa em contrario. (20)

O Prof. Francisco Morato, em recente e magnifico estudo sobre a communicação dos bens adquiridos na constancia do casamento do sexagenario, uma das modalidades do art. 258 § unico, chegou tambem á mesma conclusão. E em relação ao art. 259, elucida: A incommunicabilidade normal no regimen da sepa-

---

(17) Pontes de Miranda — *Direito de Familia* §§ 85 e 86; Martinho Garcez Filho—*Familia* vol. 1º. pag. 393; Carvalho Santos—*Cod. Civil Interpretado*, vol. V pag. 35 nº. 2.

(18) *Annot. ao Cod. Civil* vol. 2, nº. III, pag. 476.

Em outra parte já Eduardo Espinola se havia manifestado de identico modo: Si os adquiridos não constituem objecto de uma exposição legal e não são regulados pela convenção, prevalece em relaçãe a elles o regimen commum que é presumidamente o querido pelos contractantes.—*Questões Juridicas e Pareceres* pag. 219.

(19) *Man. do Cod. Civil* de P. de Lacerda, vol. 5 pag. 326.

(20) *Da Capacidade Civil da Mulher Casada* nº. 158.

ração é sempre a mesma, venha da lei ou venha da convenção. Seria extranho que na separação pacticia os adquiridos se comunicassem sempre, não dispondo o contrario o contracto, e que na separação obrigatoria nunca se communicassem, ainda mesmo nada dispondo a lei.

A lei estatue suas regras como expressão dos principios ethicos, dos costumes e da vontade geral presumida. Em bôa logica não é licito suppor traçasse regras contrarias para a mesma relação juridica, segundo é dominada pela convenção das partes ou pela mesma lei. (21)

A jurisprudencia nacional, notadamente a do Tribunal paulista (22), na successão de estrangeiros casados no regimen da separação de bens, affirma constantemente o direito á communhão dos acquestos como forma legitima de garantia ao conjuge que concorreu para a formação da prosperidade da familia e que de outro modo ficaria inteiramente prejudicado. (23)

Vê-se, por todos esses fundamentos, que a communicabilidade dos adquiridos na constancia do casamento, haja pacto de separação ou seja esta imposta pela lei, constitúe a solução dictada pela tradição do nosso direito, pela justa comprehensão dos textos legaes e pelo espirito de equidade que a vida juridica da sociedade reclama.

---

(21) *Revista da Faculdade de Direito* de S. Paulo, vol. XXXIII, pags. 519-24.

(22) *Rev. de Direito* vol 98 pag. 600.

(23) Interessante caso judicial occorreu no Districto Federal. Conjuges casados no regimen de completa separação de bens, adquiriram immoveis em nome de ambos, na constancia do casamento. Morto o marido, os herdeiros questionaram com a viuva. Ouvidos a respeito, Clovis Bevilaqua, Astolpho Rezende e Mello Franco emittiram pareceres contrarios ao condominio e a favor manifestaram-se Alfredo Bernardes, Eduardo Espinola e Carvalho Mourão. O juiz de direito Saul de Gusmão sentenciou contra a communicabilidade de bens no casamento. A Côrte de Appellação, porem, por accs. de 22.9.1929 e 23.1.1930, decidiu que não ha confundir o regimen matrimonial com o condominio, regidos ambos por principios diversos, como estão no Cod. Civil. *Pandectas Brazileiras* vol. 7, pags. 637-48. Nem por isso deixaram de prevalecer os adquiridos na constancia do casamento.